

Ars Iuris Salmanticensis
TRIBUNA DE ACTUALIDAD
Vol. 5, 47-53
Junio 2017
eISSN: 2340-5155

En la cuerda floja: la libre circulación de personas antes, durante y después del *Brexit*

Walking the tightrope: the free movement of persons before, during and after Brexit

Polly Ruth POLAK

PhD Researcher in EU Law, Universidad de Salamanca
pollypolak@gmail.com

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2017.

Fecha de aceptación definitiva: 21 de abril de 2017.

A estas alturas, todos sabemos que el miedo que tenía Reino Unido a «perder el control de sus fronteras» fue uno de los grandes motivos que nos ha llevado a la inminente apertura de las negociaciones de su retirada de la Unión Europea (UE) y, en definitiva, a lo que es ya el archiconocido *Brexit*. Ello se ha visto confirmado por las declaraciones, aunque escasas, de Theresa May y de su gobierno. La última prueba, en el momento de escribir estas líneas, la encontramos en el discurso de la nueva Primer Ministro de 17 de enero de 2017¹. El resumen de su tan esperada exposición de la postura británica ante las negociaciones de retirada es, sin asombro, que el control

1. Theresa May's Brexit speech in full, 17 enero 2017 www.telegraph.co.uk/news/2017/01/17/theresa-mays-brexit-speech-full.

de la inmigración primará sobre la permanencia en el mercado único. Un mes antes, quedaba registrada una iniciativa ciudadana (art. 11.4 TUE)² solicitando de la Comisión que garantizase la libre circulación de personas en la UE a través de un documento único que, portado por los ciudadanos de la UE, les reconociera esa libertad en todo el territorio de la Unión³.

Estas dos posturas antagónicas no son más que la expresión más actualizada de la disidencia que ha acompañado a la libre circulación de personas desde su creación. Se pueden distinguir con claridad dos extremos en un continuo tira y afloja: los defensores de la libre circulación como derecho cuasi-incondicional asociado puramente a la ciudadanía de la Unión (corriente extensiva) y los favorecedores de una libertad de circulación restringida principalmente a los sujetos económicos, de manera que no resulten una carga para los sistemas sociales nacionales (corriente restrictiva). Estos últimos suelen ser los Estados que mayor número de inmigrantes reciben. Los otros, aquellos Estados cuyos ciudadanos hacen más uso de su libre circulación y las instituciones europeas en tanto defensoras de un mercado único y funcional. Sin embargo, la postura de los Estados no siempre va a ser la misma, sino que va a depender del momento jurídico-político y económico (reflejado, en última instancia, en los niveles de migración interna) por el que estén atravesando tanto ellos como la Unión en su conjunto. Así, las pretensiones de las instituciones a favor de una libre circulación más ambiciosa también se ven en mayor o menor medida coartadas según los intereses nacionales imperantes en cada momento.

La libre circulación, lejos de nacer y evolucionar puramente al amparo del interés común de la Unión, ha tenido así un conflictivo desarrollo. Este artículo hace un breve repaso del tira y afloja entre las dos corrientes para tomar en consideración, finalmente, la tesitura actual en que se encuentra la libre circulación de personas.

Como bien ponen de relieve los partidarios de la corriente extensiva (por miedo, principalmente, a una involución), en un primer momento esta libertad venía referida únicamente a los *trabajadores*. Ello estaba en línea, no obstante, con los orígenes de las Comunidades Europeas y sus intereses puramente económicos. Los exartículos 39-42 TCE sólo abolían la discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, y ello con respecto al empleo, la retribución y las

2. Commission registers European Citizens' Initiative calling for European Free Movement Instrument, 21 de diciembre, 2016; IP/16/4436.

3. El limitado impacto real que está teniendo la iniciativa ciudadana se pone de manifiesto en los datos de su portal web: de un total de sesenta iniciativas, una veintena han sido rechazadas y de las restantes que han conseguido acceder al registro, sólo tres han prosperado. No obstante, esta disfunción podrá ser tratada por el Tribunal de Justicia en los próximos meses, ya que el *Asunto 589/15, Agnostakis c. Comisión* ha pasado a Gran Sala, posiblemente con la intención de valorar los criterios de rechazo de la Comisión para el registro de las iniciativas ciudadanas.

demás condiciones de trabajo. La teoría económica que apoya este principio de no discriminación está clara y mantiene su vigencia: en un mercado único, la movilidad de trabajadores es fundamental para su correcto funcionamiento (eficiencia), así como para la convergencia de salarios y el control de las tasas de desempleo (igualdad). La práctica esos primeros años, sin embargo, no reflejó los resultados esperados, pues los niveles de movilidad intracomunitaria fueron muy bajos. La reacción de la UE ante esta falta de movilidad fue un inequívoco apoyo a una libertad de circulación de personas cada vez más extensiva. Efectivamente, la interpretación expansiva que haría el Tribunal de Justicia iría desvinculando la libre circulación de la actividad económica⁴. En los años 90, el legislador comunitario codificó esa jurisprudencia con el reconocimiento de la libre circulación en favor de ciertos nacionales de Estados miembros económicamente inactivos⁵.

Con el Tratado de Maastricht (1992) llegó la concesión de la ciudadanía europea a todo nacional de Estado miembro, favoreciendo claramente la idea expansiva de que la libre circulación es un derecho que otorga esa ciudadanía. Pero cuando en 2004 aparece la «Directiva del Ciudadano»⁶ (aún en vigor) no obstante los esfuerzos anteriores, se va a quedar a medio camino entre el ciudadano como factor productivo y el ciudadano como titular incondicional de un derecho a la libre circulación (en otras palabras, los legisladores europeos intentarían satisfacer las dos corrientes). En muy resumidas cuentas, esta Directiva no reconoce la libre circulación de personas por la única condición de la ciudadanía, sino que establece otras condiciones muy concretas. Principalmente, ser trabajador, estudiante o, en su defecto, tener recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Aun así, no cabe duda de que es un trato mucho más benévolo que el ofrecido generalmente en cualquier legislación nacional de inmigración respecto a nacionales de terceros Estados. También es notablemente más generosa para los casos de reunificación familiar, pues el derecho a la libre circulación se extiende a los familiares del ciudadano de la UE, independientemente de su nacionalidad y de su situación económica (sólo se requiere que el ciudadano de la UE del que es familiar reúna una

4. Para un desarrollo inicial de la jurisprudencia del TJUE en este respecto ver TOMKIN, J. 2011: «Citizenship in Motion. The Development of the Freedom of Movement for Citizens in the Case-law of the Court of Justice of the European Union». *European Journal of Migration and Law*, 2011: 7 et seq.

5. Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; Directiva 90/366/CE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

6. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

de las condiciones mencionadas). Este trato a los familiares fue una de las primeras reacciones de la UE⁷ ante la baja movilidad de unos trabajadores que parecían preferir el desempleo doméstico a trabajar en el extranjero lejos de sus familias.

Pero lo cierto es que, aun con estos esfuerzos de la Unión por retirar barreras a la libre circulación de personas, los niveles migratorios entre la UE15 siguieron siendo bajos. Fue con la Gran Ampliación de 2004 (2007 para Bulgaria y Rumanía) cuando la teoría económica iba a ponerse, por fin, en práctica. Los ciudadanos de los países nuevos, donde los salarios eran bastante inferiores, podrían aprovechar las oportunidades que ofrecía la adhesión a la UE. O no. El mercado interior se ampliaba de 15 a 27 Estados, pero lo cierto es que sólo se estableció entre ellos, en un primer momento, la menos controvertida libertad de circulación de bienes. La libre circulación de personas, por su parte, no les fue reconocida a los ciudadanos de los nuevos Estados miembros durante un periodo transitorio de siete años. Las ideas de la convergencia de salarios, el control del desempleo y el correcto funcionamiento del mercado «único» se sustituyeron por políticas migratorias nacionales que tenían en cuenta los intereses de los mercados laborales propios de cada Estado. De hecho, los intereses nacionales de Irlanda, Suecia y Reino Unido eran otros, así que no aplicaron las medidas transitorias.

Esta doble solución ha tenido importantes consecuencias. Creo, incluso, que no sería descabellado retrotraer el *Brexit* precisamente a ese momento en que sólo tres de quince países apostaron por la libre circulación de personas. Efectivamente, en vez de producirse los beneficios propios de la libre circulación de personas en un mercado único, en su lugar hubo una oleada de inmigración especialmente notable en Reino Unido. Las disfunciones de este mercado «doble» eran inevitables, como se demostraría unos años más tarde. Los shocks económicos de la crisis del 2008 afectaron sin duda de forma muy irregular a los ciudadanos de la UE, lejos de sus objetivos de convergencia. La solución estaba ahí: corregir los shocks a través de la libre circulación de personas. Desafortunadamente, la deslocalización de trabajadores de las zonas más perjudicadas (principalmente el sur) llegó en un momento en que Reino Unido ya sentía haber sufrido una presión migratoria desproporcionada, sobre todo de Polonia y Rumanía. A su vez, al vencer los siete años de restricciones transitorias, otros Estados miembros empezaron a contagiarse de los miedos de Reino Unido. Pero no se trataba, como vemos, de una migración comunitaria excesiva que requería limitar la insostenible libre circulación de personas. Se trataba de un mercado único disfuncional por la falta de un reconocimiento uniforme de esa libertad. En efecto, los datos de movilidad intracomunitaria en su totalidad nos muestran otra realidad: que los niveles de movilidad intracomunitaria siguen siendo bajísimos. En los últimos años, el porcentaje de ciudadanos de la UE que residían en otro Estado miembro ha estado

7. Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

en su máximo nivel, oscilando entre un 3 y un 4 por ciento⁸. Si lo comparamos, digamos, con el 30% de estadounidenses que trabajan en un Estado norteamericano distinto del de su nacimiento o, incluso, con la inmigración extracomunitaria que entra en la UE⁹, las preocupaciones de la corriente restrictiva se convierten en alarmismo injustificado. Pero aun así, esta corriente se había impuesto.

El Acuerdo de 19 de febrero de 2016¹⁰ con el que la UE27 intentó persuadir a Reino Unido para permanecer es, en línea con las ideas de su promotor, claramente de corriente restrictiva. En este Acuerdo de dudosa legitimidad (un Tratado internacional negociado bajo amenaza en el seno del Consejo Europeo con el propósito de modificar normativa europea y limitar un principio fundacional de la Unión), a los británicos se les aceptaron tres restricciones a la libre circulación. La primera, un mecanismo de salvaguardia para limitar el acceso a las prestaciones sociales. La segunda, la posibilidad, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijo, de indexarlas a las condiciones del Estado miembro en el que reside el hijo. Y la tercera, excluir del ámbito de aplicación de los derechos de libre circulación a los nacionales de terceros países que no hubiesen residido lícitamente en un Estado miembro antes de contraer matrimonio con un ciudadano de la Unión.

En cuanto a los dos primeros límites, es relevante señalar que podían ser aplicados por cualquier Estado miembro que considerase oportuno restringir la libre circulación de personas. Un claro voto a favor de seguir cometiendo los mismos errores pasados de la «doble solución». La última concesión en el ámbito de la reunificación familiar es, por su parte, una fulminación total de la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De hecho, el TJUE había apostado por una interpretación expansiva en su último caso al respecto. Abandonando su jurisprudencia restrictiva anterior (*Akrich*)¹¹, en este nuevo asunto establece, textualmente, que «la Directiva 2004/38 concede a cualquier nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión [...] que acompaña o se reúne con ese ciudadano de la Unión en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que tiene la nacionalidad, derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida, independientemente de que ese nacional de un Estado tercero ya haya residido legalmente o no en otro Estado miembro»¹².

8. Últimos datos de EUROSTAT (ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/EU_citizenship_-_statistics_on_cross-border_activities) y de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, *Employment and Social Developments in Europe*, diciembre 2015.

9. Para saber más, véase PASCOU, Y. 2013: *Intra-EU mobility: the «second building block» of EU migration policy*, *European Policy Centre*. Issue Paper, mayo 2013.

10. Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo en la Reunión de 18 y 19 de febrero de 2016 referidas a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, EUCO 1/16.

11. Sentencia de 23 de septiembre de 2003, *Akrich* (C-109/01, Rec. 2003 p. I-9607).

12. Sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock* (C-127/08, EU:C:2008:449), apartado 70.

El 23 de junio de 2016, el pueblo británico decidió que, a pesar de los esfuerzos de Cameron y después de todo, el Acuerdo no iba a ser suficiente. Desde entonces, la libre circulación de personas se encuentra en la cuerda floja. Por un lado, el voto *leave* le ha asegurado una pequeña victoria a la corriente extensiva, en la medida en que el Acuerdo, que dejaba temblando el principio de no discriminación, no entrará en vigor. Por otro lado, no se puede negar que había también una parte del Acuerdo en total consonancia con la jurisprudencia actual del TJUE. Efectivamente, en cuanto al acceso a prestaciones sociales, su línea interpretativa no ha sido muy ambiciosa últimamente. Para la satisfacción de determinados gobiernos y sus temores hacia el llamado *benefit tourism*, el Tribunal se ha limitado a hacer una aplicación literal de los límites previstos en la Directiva del Ciudadano para el acceso a los sistemas nacionales de prestaciones sociales por parte de los económicamente inactivos¹³.

En definitiva, la tesis actual es la siguiente: Theresa May, tras medio año preparando su estrategia *Brexit*, afirmó el 17 de enero de 2017 que se impondrán controles a la inmigración proveniente de la UE. La UE, por su parte, tiene ahora dos cuestiones que abordar. Una, cuál va a ser su postura frente a esas intenciones de May, y dos, hasta qué punto va a permitir contagiarse durante las negociaciones del *Brexit* el principio de la libre circulación de personas que seguirá rigiendo, esperemos, entre los 27 miembros restantes. Efectivamente, Reino Unido ha decidido que cortará de raíz la libre circulación de personas y ello a expensas, a mi juicio, de cualquier tipo de raciocinio económico (refiérase a la inmigración o no). Ni siquiera May fue capaz, en su discurso, de asegurar que su país se va a ver favorecido económicamente con la salida. Más bien da como única razón para no permanecer en el mercado común que se le exigirá respetar las cuatro libertades y, según significa eso para Reino Unido, perder el control de sus fronteras. Su mensaje ha sido claro: va a controlar la inmigración proveniente de la UE. Al menos también promete respetar los derechos adquiridos de los ciudadanos residentes si el mismo tratamiento se dispensa a los británicos. Asimismo, pretende recuperar el *Common Travel Area* con la República de Irlanda. Pero el resto de los ciudadanos serán tratados, se entiende, como los nacionales de terceros Estados que serán una vez ejecutado el *Brexit*. De otro lado, el mensaje de la UE de los 27, desde el mismo día del referéndum, también ha sido claro y constante: si no hay participación en las cuatro libertades, no hay participación en el mercado único. Curiosamente, la Primer Ministro considera haber encontrado la fórmula perfecta para resolver este dilema: no participar en el mercado único pero mantener el máximo acceso posible («we do not seek membership of the Single Market [...] an important part of the new

13. Sentencia de 11 de noviembre de 2014, *Dano* (C-333/13, EU:C:2014:2358); Sentencia de 15 de septiembre de 2015, *Alimanovic* (C-67/14, EU:C:2015:597); Sentencia de 25 de febrero de 2016, *García-Nieto* (C-299/14, EU:C:2016:114); Sentencia de 14 de junio de 2016, *Comisión c Reino Unido* (C-308/14, EU:C:2016:436).

strategic partnership we seek with the EU will be the pursuit of the greatest access to the Single Market»). Muy hábil. Sin embargo, si miramos más de cerca las declaraciones de los demás líderes europeos, no encontramos en su negativa distinción alguna entre membresía y acceso. Es decir, el condicionante de la libre circulación de personas parece válido para cualquiera de los dos casos¹⁴. Es, en definitiva, el «no cherry-picking» que los británicos, cambiando un poco los términos, siguen intentando.

En el camino evolutivo de la libre circulación, como lo vengo planteando, esto es un giro de la UE que podría indicar que las concesiones se agotaron con Cameron y serán relegadas al ostracismo. Si esta defensa de la libre circulación de personas ante las intenciones de Reino Unido se recupera ahora en el diálogo interno de la Unión, quizá por fin veamos la eficiencia e igualdad que puede aportar al mercado único. Lamentablemente, también es cierto que, en estos momentos, se están imponiendo más allá del Reino Unido las mismas tendencias proteccionistas. Para algunos, la solución frente a estos movimientos populistas pasa por que la UE reforme la libre circulación de personas inspirándose en el Acuerdo restrictivo pre-referéndum¹⁵. Mi opinión es todo lo contrario. La UE debe demostrar ahora su capacidad de anteponer el interés común para no cometer los errores del pasado. Como he mencionado al comienzo con una referencia más bien simbólica a la iniciativa ciudadana, la libre circulación es, para muchos, el mayor hito de la UE. Ello lo corroboran los últimos datos del Eurobarómetro¹⁶. Pero en otros temas, la popularidad de la Unión no obtiene, sin embargo, tan buenos resultados. Con una legitimidad cada vez más cuestionada –a veces con motivo, otras a raíz de verborrea oportunista–, no es el momento para restringir el principio más valorado de la Unión. Es el momento de recordar que la libre circulación está avalada por la teoría económica y la no discriminación lo está por la solidaridad. Espero que, en reconocimiento de ambas, los Estados miembros se decidan por fortalecer y promocionar una consciencia europea a través de una ciudadanía de la EU con todos los derechos que otorga. Espero que, si para ello se requiere reformar la libre circulación de personas, se haga siempre en un sentido expansivo. Espero también que prospere la iniciativa ciudadana que pide todo lo contrario de lo que se pidió en el referéndum del *Brexit*. Y espero, por último, que este elemento tan fundamental del proyecto de integración europea deje de estar sometido a los vaivenes políticos o, en definitiva, al tira y afloja de los intereses nacionales. De hecho, poco sentido tiene ya cuando Reino Unido ha roto la cuerda.

14. Véanse, como ejemplo, las declaraciones unos días antes de Angela Merkel: www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-latest-angela-merkel-single-market-free-movement-theresa-may-a7517951.html.

15. MORTERA-MARTÍNEZ, C. y ODENDAHL, C. *What free movement means to Europe and why it matters for Britain*, Centre for European Reform, Policy Brief, enero 2017.

16. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicado de Prensa*, 29 julio de 2016: El 79% de los europeos está a favor de la libre circulación de los ciudadanos de la UE.